

## 手 続 的 正 義

——民事訴訟における実体的正義と手続的正義に関する一考察——

ハンス・プリュッティング

(ケルン大学教授・手続法研究所所長)

安 達 栄 司 訳

### I. 序

手続法は、技術的法であり、倫理的な奥行きのない無味乾燥な題材であると一般に見なされている。フリードリッヒ・シュタイン (Stein/Jonas の ZPO 注釈書の共同創始者) による1921年の次の引用句は有名になっている。「訴訟は、私にとって、四角四面に形容された技術的な法であり、互換的な目的の合理性によって支配され、永遠性の価値を欠くものである。」<sup>1)</sup>。このような法題材は固有の正義的価値をなんら顯示することなく、むしろ実体法に従属させられるものであるとすることは、今日では争いのない事実であるとおおく考えられている。「訴訟法は補助的機能を有する」とか「実体法に馴染むように解釈されなければならない」<sup>2)</sup> ということを当然の前提としていることも少なくない。真実のところ、このような評価はすべて根本的な誤解を含んでいる。そのことを、以下の考察によって詳細に明らかにしたいと思う。すなわち、実体的正義と手続的正義の関係について若干の解明を試みたい。

私はこの研究を私の長年の同僚であり、ながきにわたり親交の情を懐いているハルトムート・シーダーマイヤーに捧げる。私たちは、約20年のあいだ、最初はザールラント大学で、次にケルン大学で同じ学部の一員だった。私は、身近いると個人的にもまた専門的にも多大な啓発をもたらされる彼の人となりを知り、熟知してきた。そのほかに、私たちは室内楽をともに愛好し、また限られた時

間の枠内ではあるが今日までしばしば共通の四重奏団を形成していることは、昔も今も私にとって特別な喜びである。

以下の考察にとって特に意味のあることは、ハルトムート・シーダーマイヤーは訴訟法と非常に関係が深いと感じていることである。私たちがケルン大学で行った憲法と手続法の交錯に関する共同ゼミナールは私にとって忘れがたいことである。このように私の知る被献呈者と手続法との深い関係のゆえに、私は以下の考察を彼に捧げることにした。

## II. 手続的正義の基本問題

正義は、古代からそのあらゆる形において実体的正義として理解されていた。人間の本性、つまり人間社会において、または神の意思において、何が正しいのかについての基準を発見しようとする幾多の試みも、そのような基礎において一致している。自然法思想は多種多様に姿を変えて今日まで命脈を保っている。1945年以後には自然法思想のルネッサンスさえもが看取され得たことは、広く認知されるようになった。20世紀になってようやく、さまざまな手続的正義論 (prozedurale Theorien der Gerechtigkeit) が展開された<sup>3)</sup>。たとえばジョン・ロールズは、個人について、客観的でない影響力をすべて免れて、個人のもろもろの権利や義務に関する取決めによって獲得される普遍規範によって正義を獲得しよう試みる。ロールズの見解によれば、このような一般的に取り決められた秩序は、正義に服さなければならず、また特に、取り決められた規範はその他のすべての人間の諸権利と調和する最大限の自由をすべての者に保証されるように形成されなければならない<sup>4)</sup>。それに対してユルゲン・ハーバーマスは、形式的ルールに則った自由な論争の場面を通じて、正義に関する実体的・規範的な判断を引き出すことができるような参加者の合意を獲得しよう試みる。手続的正義の形成に向けたこの二つの根本的立場、すなわちロールズの契約理論とハーバーマスの論争理論と並んで、たとえばニクラス・ルーマンによって提唱されているようなシステム理論もまた、手続的正義理論の一群に分類されるものである<sup>6)</sup>。

ここでそれ以上の学説の区別や精密化には触れなくても<sup>7)</sup>、次のことを押さえておくことができる。すなわち、手続的正義理論とは、正義に関する主張を究極的には手続的方式の遵守によって理由付ける理論のことである<sup>8)</sup>。

以下の考察のためにまた留意しなければならないことは、今日、実体的正義に関する多種多様な見解と並んで、正しいと見なされる手続の遵守とその正しい実施という思想に正義創造に際しての独自の機能を付与するような手続的正義理論もまた周知のとおり存在するということである。このような高度に抽象化された法理論上の根本的認識を純然たる民事訴訟におろして転用しようとするならば、おそらく次のような認識となるに違いない。すなわち、実体法規範に基づく個々の事案の正義の貫徹のほかに、正しく実施される訴訟活動もまた独自の手続的正義を実現するものであり、その結果、場合によっては実体的な個別事案の正義の獲得よりも下位にすべての手続ルールを位置づけることは許されない、ということである。以下では、この単純な命題についてやや立ち入って検討してみることにする。

### III. 手続法の基本的状況

以下、問題の所在を明らかにすることができる手続法の若干の状況に触れ、その後、獲得された成果が耐えうるものであることを個々の事案に即して明らかにしたい（後述 IV 参照）。

#### 1. 既判力理論

私たちが現代の裁判手続に目を向けると、固有の手続的正義を構成している諸局面のうちで中核に位置する典型的なものであるが、しばしば誤解されているものが既判力理論である。その際に、既判力は二重の意味において用いられ、また理解されている。形式的確定力とは、通常の上訴によって裁判所の裁判に不服申立てをすることができないことをいう。実体的確定力（狭義の既判力）とは、一度裁判された事件については後の時点で第二の裁判が許されないという意味において訴訟当事者間を絶対的に拘束する裁判所の裁判の拘束力を意味

する（一事不再理の観点—裁判の内容的基準性のこと）。したがって、形式的確定力は進行中の手続の究極的終結を意味し、実体的確定力（既判力）は将来において同じ事案について再び手続をすることを妨げる<sup>9)</sup>。既判力についてのこのような純粹に手続的な考察が今度は個別事案についての実体的正義の要請と真っ向から対立することは、まったく疑いのないことである。なぜなら、法律上の紛争に関して、人は常にその不完備性と限られた認知力のなかで判断をすることになるので、そのつど最終的に下される裁判所の裁判が間違っているということ、すなわち、この裁判を再審査すれば実体的正義に役立つということは、決して例外だということができないからである。そうして決着がつけられる権利のための闘争は、実務では連邦の各最上級の裁判所に至るまでのすべての審級を経て、さらにそこから連邦憲法裁判所あるいはヨーロッパ人権裁判所へと進んで行った後に、最終的に敗訴した当事者は、そのうえに、請求異議の訴えまたは（その主張によれば間違っ）て給付されたもとの訴求債権の取り戻しを求める新たな第一審からの訴えによって、訴訟の結果を覆そうと試みる。

既判力を最終的に空洞化または排除しようとするあらゆる試みにおいて誤認されているのは、既判力がなければ（憲法上要請される）効果的権利保護が保障されず、その結果、法治国家が存立し得ないという事実である。なぜなら、既判力が欠如するならば、相手方当事者が任意に従わない場合、正当な債権はまったく貫徹できないことになるからである。法的争いの果てしなき継続は、正当な請求権の最終的確定を妨害することになりかねない。いくつかの訴訟法規に見られるような「仮執行（ZPO 708条以下参照）」という制度があるとしても、この事態をなんら変更するものではない。第一に、仮執行は担保提供によって著しく制限されている（たとえば ZPO 709条の基本的構成要件からしてそうである）、また他方で、すべての仮執行は、基礎になっている裁判が変更される場合に損害賠償義務を負担するという深刻な不安にさらされている（ZPO 717条 2 項参照）。したがって、既判力の存在は、自力救済禁止に対応するものとしてのあらゆる裁判上の権利保障のための基本的装置になっている。ただ既判力だけが、当事者間において将来にわたって法的安定性と法的平和、

ならびに法的要因の予測可能性を再生し、かつ保障することができる。訴訟当事者間におけるその他の合意的解決は、一方の側から取り消される可能性があり、その結果、新旧の争いが発生する。

以上の考察から、「裁判所の裁判の終局性＝既判力」という純粋に訴訟的な局面は（法的安定性、法的平和、予測可能性という意味における）あらゆる総体的正義のための不可欠の基礎を意味し、それによってあらゆる法治国家的システムの支柱を構成していることが明らかである<sup>10)</sup>。しかしその際に誤解してはならないのは、個別事案の正義も、またそれとともに緊急の場合に正当な要求が国家の強制力によって貫徹され得るという各法主体にとっての可能性も、既判力の存在にかかっているという事実である。敗訴した訴訟当事者によって感じられるものとは異なり、既判力は、形式的確定力という意味でもまた実体的確定力という意味でも、国家裁判所による個別事案の正義の保障のための不可欠の前提でもある。そのことから同時にまた、実体的確定力を伴わない形式的確定力の存在（またはその逆）は絶対的に無意味であり、法治国家としての要求水準を満たすことができないということが引き出される（これについては後述 IV の 1. を参照）。

## 2. 法的審問の要請

整然としたあらゆる手続進行にとって本質的でかつ不可欠であると見なされているのは、ドイツ基本法103条1項に定められている法的審問請求権である。連邦憲法裁判所は、法的審問の原則を「手続上の基本的人権」と表現したことがいちどある<sup>11)</sup>。純粋に手続的な合目的性をはるかに凌駕している法的審問請求権の意義は、連邦憲法裁判所がその同じ判決の中で次のように宣言したときよりいっそう明かである。すなわち、この基本原則は、裁判の事実的基礎の解明に役立つだけでなく、究極的には人間の尊厳の尊重の問題にも関わることであり、と。

同様にカール・ラーレンツもまた「正しい法」に関する研究において、かかる正しい法のために放棄できない最重要の諸原則のカatalogのなかに法治国家的手続の原則として法的審問を計上していた<sup>12)</sup>。法的審問の原則が、ずっと以

前からあらゆる法治国家的手続の不可欠の構成要素を意味していることについて、おそらくそれ以上の証明は不要であろう。このように大きな広がりをもって、かつ永続的に承認されている手続原則はほかには存在しないだろう。

個別的には、裁判所における法的審問請求権は、今日の見解によれば三つの手続段階を有するものとして理解されている。第一に、自分が原告または被告となって進行中の訴訟について包括的に情報を与えられている場合にのみ、法的審問は十分に保障され得る。すなわち法的審問は、当事者に手続内容について教示すること、訴訟上意味のあるすべての陳述を他の訴訟関係者に通知すること、ならびに文書を閲覧する権利を有することを実現しなければならない(第一段階:方向付けを与えられる権利)<sup>13)</sup>。当事者に対する十分な情報提供をベースにして、法的審問請求権からは、さらに第二段階として裁判所の面前での陳述権が導き出される。すべての当事者は、事後的観点からもまた法的観点からも重要になり得ることをすべて裁判所の面前で主張することが許されていなければならない。最後に、当事者によって提出されたものを「了知し、かつ考慮に入れる」という裁判所の義務が、法的審問の第三段階として導かれる。この有名な文句をつかって、連邦憲法裁判所はその恒常的判例のなかで法的審問請求権の本来的核心を表現してきた<sup>14)</sup>。

既判力の場合と同様に法的審問請求権の場合についても、かかる手続上の基本的構成原理は、個別事案の裁判の客観的正当性という意味における実体的正義とどのような関係に立つのかという問題が生じる。ここでは既判力の場合とは異なり、直接的な対立関係は想定されていない。他方で、裁判所によって法的審問が十分に保障されることが、客観的に正しい個別事案の裁判を必ず招来し、かつ保障するわけではないことも明白であるように思われる。同様に、事前に当事者に十分な法的審問が与えられなかったとしても、裁判を担当する裁判官は正しく判決をすることができるということも自明である。以上の短い考察だけで、実体的正義からのあらゆる見方に対する手続的正義の独自性が再び明らかになる。「手続法規の固有の正義的価値」<sup>15)</sup>が存在することは明白である。きわめて実務的な観点からみると、判決の実体法上の結論は再審査する裁判所から見れば適当であったとしても、そのつど実施されている手続において

法的審問の原則に対する違反があれば裁判所の判決は異論を唱えられる必要があるということが以上の考察から導かれる。民事訴訟上の上告理由に関して ZPO 563条が規定しているように、結論の正しさを理由とする上訴の棄却は、法的審問原則違反の場合には許されない。制定法上の規制は、原則的にこのことを、いわゆる絶対的上告理由を認めることによって斟酌している（ZPO 551条参照）。それゆえに、法的審問違反が ZPO 551条の各号のなかに明文で挙げられていないことは ZPO の重大な欠陥であると見なさなければならない。しかしながら実務の一部では、法的審問請求権違反の場合に ZPO 551条 5号ならびに 7号の絶対的上告理由が援用されている<sup>16)</sup>。それゆえに、行政訴訟における規制は、行政訴訟法 138条 3号において法的審問違反が絶対的上告理由にまで引き上げられていたという点でより説得力がある（財政裁判所法 119条 2号も同様である）。

従って次のことが確認できる。すなわち、既判力の観点と同様に法的審問の原則もまたすべての法治国家的システムのひとつの支柱をなしている。ここで取り上げた手続的正義の意味における正義は、法的審問の原則を保障することなくして、供与され得ない。

### 3. その他の手続的局面

手続的正義の保障に関してこれまで例示的に取り上げてきた二つの中心的観点のほかにも、同様に基本的かつ承認された意義を有するその他の手続的法原則を多くあげることができる。ここではその他の詳細な例証を示す必要はない。原理的な標語としてあげるならば、裁判官の人的および物的独立性、およびそれに基づく裁判官の不偏性と中立性、手続の公開、憲法に根ざした公正手続請求権、手続上の武器対等原則、法定裁判官の原則、ならびに憲法上の権利保護の保証（司法付与請求権）、がそうである。

#### IV. 近時の問題例

##### 1. 執行通知の既判力をめぐる争い

民事訴訟において執行通知が行われるのは、一方当事者が、督促手続の制度をもちいて特定の金額の支払いに向けた債権を請求する場合である（ZPO 688条以下）。この手続の枠内において、いわゆる督促通知（ZPO 692条）が発せられ、それに対して債務者は異議を申し立てることができる（ZPO 694条）。異議が申し立てられなければ、申立てにより督促通知を基礎にして執行通知が発せられる（ZPO 699条）。

この執行通知は、法律によって仮執行可能な最初の欠席判決と同等に位置づけられている（ZPO 700条1項）。すなわち、執行通知は通常の執行名義であって、そのために執行通知はあらゆる判決と同様に形式的にも実体的にも確定力を有するということはまったく疑いのないことである。

判例および学説において、執行通知に形式的確定力が生じることは承認され、かつ争われていない。それに対して、長らく判例および学説の少数説において、執行通知には実体的確定力（既判力）は生じない、またはごく限られてしか生じないと主張されている<sup>17)</sup>。執行通知には既判力が生じないという主張の理由付けとして、立法者が督促手続において主張一貫性の審査を廃止したこと、すなわち執行通知は一度たりとも裁判官による審査に服していないことが言及される。それ以上に強調されているのは、国家裁判所が、良俗に反する、またはそうでなければ法律違反を理由に否認されるような債権について名義化することは許されないことである。

このような法律問題に関する制定法の状況を仔細に検討するならば、1976年の簡素化法を通じて、立法者はまったく意見の一致を見ないままに督促手続を形成したということは、疑う余地がない。しかしながら既判力の問題についての制定法の状況は、明白である。すなわち、ZPO 700条1項は、執行通知と確定判決とを明らかに対等に位置づけている。ZPO 764条1項4号は、執行通知が執行名義になることを明らかに宣言している。ZPO 767条で準用される795条に基づいて、執行通知に対しては請求異議の訴えを提起することができる。



そのさいに、請求権自体に対して提出が許される異議の事由は、執行通知の送達後に発生したものに限られる、ということ ZPO 796条 2項は明文で示している。最後に、ZPO 584条項は、確定した執行通知に関して、確定執行名義に対抗するための再審手続の可能性を明文で規定する。したがって、立法者がまったく明瞭な態度で執行通知に確定判決の資格を付与していたということを確認することができる。さらに、立法者は一箇所たりとも形式的確定力と実体的確定力を区別して規定していないので、執行通知に実体的確定力（既判力）もまた認められなければならない。それ以上に、ここで批判される反対説の出発点、すなわち1976年まで督促手続において実施されていたが立法者によって廃止された主張一貫性審査が内容的正当性を保証しており、既判力の前提条件になっている、ということは、誤っている。実際のところ、主張一貫性審査は純粹の法律審査である。主張されている事実の真実性と完全性はそこでは審査されない。ただ主張の真実性を審査する場合にのみ、真の正しさが保証される<sup>18)</sup>。

反対説の次のような主張、すなわち、裁判官は良俗に違反する、またはその他の実体法上の誤りを理由とする不当な債権を執行名義化することは許されないという主張もまた正しくない。まったく逆に、実体的に不当な判決が下される可能性があること、特に当事者が自らに課される負担（適時の提出、期間の遵守、法的救済の申立て、裁判所への出頭等）に即応しない場合にはそうであることは、民事訴訟の本質的特長である。

したがって、明瞭な法律状態によれば執行通知には既判力が発生することは確定できる。実体法上の不当の可能性を指摘してその点について現行の訴訟法を空洞化しようと試みる判例および学説の見解は、二重の意味で誤解を犯している。その見解の論拠は具体的事案において説得力がない。それ以上に反対説は根本的に誤っている。反対説が原則的に正しいとするならば、それはすべての既判力に対して異議を唱えるものにならなければならない。執行通知には確かに既判力は生じないが、しかし形式的確定力は生じる、という反対説が唱えている主張は、その根本においてすでに矛盾している。

## 2. 技術的意味における第二次欠席判決の言い渡し前の主張一貫性審査

民事訴訟の枠内において、被告は口頭弁論に呼び出されるが、その期日に欠席するならば、ZPO 331条に基づき申立てにより被告に欠席判決が下される。この判決に対して、欠席当事者は故障を申し立てることができる (ZPO 338条)。しかし、故障を申し立てた者が、その後に指定された期日を再び欠席するならば、その者に対して ZPO 345条に基づいていわゆる技術的意味における第二次欠席判決が下され、この判決によって先の故障申立ては棄却されることになる。この判決に対してはいつまでか上訴することができず (ZPO 345条, 513条参照)、またそれゆえに欠席によって二度にわたり続けて手続の進行を妨げようとした者に対しては厳格な制裁を意味する。

もっとも、ZPO 331条を根拠にして第一次欠席判決の言い渡し前に審査されるべきであったことであるが、さらに第二次欠席判決の言い渡し前にも、原告の請求が少なくとも一貫性をもって陳述されているかどうかについて裁判所に疑義が生じるということは予想される。それゆえに、相当昔から、制定法の文言とは逆に、第二次欠席判決の言い渡し前にももう一度主張一貫性の審査が必要であると主張する見解が判例および学説において形成されている。この見解は、個別事案において実体的に正しい裁判をすることが優先されなければならない、また裁判所は承知の上で不当な判決を下すことは許されない、ということによって特に理由付けられている。すなわち、訴訟上の法状態を修正するために、全体として当事者の保護の必要性和実体法の優位性が引き合いに出されている<sup>19)</sup>。

しかしながら、実体法に優位性を与えるこの見解は、ZPO の規律と矛盾する。ZPO 345条の文言にある「却下される (Verwerfen)」という表現からしてすでに、再度の審査は不要である。歴史的な解釈からも、立法者がこの ZPO 345条の厳格な制裁を望んでいたことが看取される。その他に、立法者は1990年12月17日の司法簡素化法の枠内において従来の見解を再度確認した。その他の考量と並んで、特に、第二次欠席判決の言い渡し前に、例外的に主張一貫性審査が行われることを定める ZPO 700条 6 項の反対解釈をするならば、第二次欠席判決の言い渡しに際してさらなる主張一貫性審査をすることは原則的にありえ

ないことが明らかである<sup>20)</sup>。

技術的意味における第二次欠席判決の言い渡し前に主張一貫性審査をするか否かの問題もまた、手続上の一義的な規律が次のような見解と対立していることを示す。すなわち、個別事案における判決の実体的正当性を根拠にして手続的規律から離れようとする見解である。その場合には、手続法の規範は、多少なりとも副次的なものであると説明される。ただ内容的に正しい判決の生成に役立つことだけが手続法の規範の目的になっている。手続法の規範がそのような結果を阻害する限りにおいて、その手続法の規範のほうが傍らに斥けられる。

### 3. BGB 826条に基づく訴えによる既判力の解除

立法者は、(前述のように)、正当な請求権の終局的貫徹を可能にし、かつ法的安定性と法的平和を創造するために、もろもろの判決に形式的確定力と実体的確定力を付与する。その際に立法者は、確定判決が存在する場合であっても非常に著しく重大な特定の不当性があるならばなお修正の余地が存在しなければならないということを十分に承知していた。それゆえに立法者は、あらゆる手続法において、確定判決に対するいわゆる再審手続(ZPO 578条)として取消の訴え(ZPO 579条)と原状回復の訴え(ZPO 580条)を可能にしている。しかしながら法律によって定められている裁判の既判力の解除はまったく特別の例外としてしか認められないので、制定法自体によっても(ZPO 586条参照。さらにまた ZPO 581条および586条2項における詳細な要件も参照)、しかしまた学説においても、既判力の解除は補充的な特別事態を意味するのであり、したがってそれ以外の既判力の解除は考慮されえ得ないことは間違いない、ということが繰り返し指摘されてきた<sup>21)</sup>。

このような原初的状況にもかかわらず、また制定法の規律に反しているが、判例はすでに次のような主張を繰り返してきた。すなわち、確定判決は、不当であり、かつ良俗に反する方法で取得されたか、または悪用される限りにおいて、その確定判決に対抗するための方法が存在しなければならない、と<sup>22)</sup>。

BGB 826条に基づく訴えを用いたこのような既判力の解除に関する長年のかつ周知の判例は、裁判の内容的正当性が危機にさらされており、かつその裁判

がさらに良俗に反する方法で生成される、または悪用される、というところでは訴訟法は譲歩しなければならないという原則に再び基づくものである。このような判例が訴訟規範から見れば正当化され得ないことの理由は、学説において繰り返し述べられてきた。それに対して、通常かかる判例の内容的正統性を指摘することによって対処されてきた<sup>23)</sup>。そこでは、実体法の一般的優位性を主張すること自体が原則的に誤っていることが認識されていない。

## V. 結論

以上の考察から、実体的正義に関する多種多様な見解と並んで、手続に則った方式を遵守することから特別の究極的な正義価値を導いている独自の手続的正義および手続的正義理論が存在することが明らかになった。

現代の手続法においては、確かに実体的に正しい結論を保障するものではないが、しかし正義性を維持する過程で絶対的に不可欠の根本的な手続的局面が存在し、または存在しなければならないことは、既判力と法的審問請求権の問題状況を例にしてもっとも明瞭に示される。しかしまたそれ以外の手続法の諸原理もまた、法治国家体制にとって欠くことのできない支柱としての特徴を有しており、それらが遵守されなければ、たとえ個々の判決が内容的に正しいとしても、正義は与えられ得ないものになっている。

実体的正義と手続的正義が互いに分離されなければならない、また権利のための闘争を行う法主体に対して現実の正義を与えるためには双方の観点が必要であるとする基本的認識は、訴訟法の多くの現実問題にも影響を及ぼしている。すなわち、三つの典型的争点を例にとって明示することができたのは、その中心的な問題の局面が実体的正義と手続的正義の対立に帰せしめられるような解釈論上の争点が今日に至るまで非常に多く存在していることである。本稿で取り上げた最近の問題事例（上述 IV を見よ）のすべてにおいて、基本的には二つの見解が存在した。一方の見解は、訴訟法において規制される考え方を強調し、それを真剣に体现しようとするものである。他方の見解によれば、実体法的に正しい結論を優先的に取り扱うために、手続法上の規律はその価値が減じ

られ、空洞化され、または傍らに退けられる。これらの問題事例をまとめて観察するならば、正義を保証するために訴訟法を空洞化することは、本稿で述べてきた根本的な誤解をはらんでいることが、おのずと明らかになる。今日においてもなお正義とはただ個別事案の実体的正義のことであると誤って理解しようとするならば、それは疑義ある視野狭窄というべきであろう。

注

- 1) Friedlich Stein, Grundriss des Zivilprozeßrechts, 1921, Vorwort, S. III.
- 2) 代表的には, Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl. 1984, Einl. Rdnr. 4 を参照。このような評価については, Wieckzorek/Schütze/Prütting, ZPO, 3. Aufl. 1994, Einl. Rdnr. 111 も参照。
- 3) これについて最近の文献として, Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000 を参照。
- 4) Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, englische Ausgabe 1971, deutsche Ausgabe 1979.
- 5) Habermas, Der Universalitätsanspruch in der Hermeneutik, 1970; ders., Theorie des kommunikativen Handelns, 1981; ders., Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 1983; ders., Der philosophische Diskurs der Moderne, 12 Vorlesungen, 1985; ders., Erläuterungen zur Diskursethik, 1991.
- 6) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969; ders., Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, ders., Das Recht der Gesellschaft, 1983.
- 7) これに関するより詳細な研究は特に次を参照。Roland Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, 1992; Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000.
- 8) Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, S. 132 による。
- 9) 既判力の基礎的考察については次の代表的文献とその包括的な引用を参照。Stein/Jonas/Leipold, ZPO. 21. Aufl. 1998, § 322 Rdnr. 1 ff.
- 10) それゆえに, Burns, Rechtskraft und Restitution, Teil 2, 1985, S. 37 ff. は説得力がない。Burns は既判力の目的に関する問題と, さらには訴訟的活動の目的に関する問題をまったく欺瞞的形而上学だとして一蹴する。そのことによって, Burns は法的小および哲学的議論の状況について認識を誤っている。
- 11) BverfGE 55, 1, 6.
- 12) Larenz, Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 164.
- 13) ここでの紹介する三段階の手続, 特に方向付けを求める権利について, Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Schriften fuer die Prozesspraxis, Band 3, 1989, S. 13 ff.

- 14) 確定判例は, BVerfGE 11, 218, 220 から始まる。最近のもとして, BVerfGE 70, 93, 100; 70, 215, 218; 70, 288, 293。連邦憲法裁判所のこの有名な文句は, おそらくバイエルン州憲法裁判所の判例に由来するだろう (Bay VerfGE 15, 5)。
- 15) 同趣旨は, Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, Göttinger Universitaetsreden, 1966, S. 25.
- 16) Henckel, ZZP 77, 321; Waldenr, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, Rdnr. 470.
- 17) これに関して特に次の判例を参照。OLG Köln, NJW 1986, 1350; OLG Köln, NJW-RR 1986, 1494; OLG Stuttgart, NJW 1985, 2272; OLG Stuttgart, JZ 1986, 1116; OLG Stuttgart, NJW 1987, 444。学説として次の文献を参照。Bamberg, Die missbrauchsliche Titulierung von Ratenkreditschulden mit Hilfe des Mahnverfahrens, 1987, 特に S. 163f.; Lappe/Gruenert, Rpfleger 1986, 161; Bender, JZ 1987, 503; Braun, Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung von Titeln ueber sittenwidrige Ratenkredite, 1986, S. 69 ff.; ders., WM 1986, 781; ders., ZIP 1987, 687; Grün, Zwangsvollstreckung aus Vollsteckungsbescheiden ueber sittenwidrige Ratenkreditforderungen, 1990, S. 217; Kohte, NJW 1985, 2228; Vollkommer, Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab, 1990, S. 229; さらに Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., § 700 Rdnr. 10 も前版から改説している。
- 18) 詳細は次の文献を参照。Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 58 ff.
- 19) この見解は特に次によって主張されている。BAG, NJW 1971, 1198; NJW 1974, 1103; BAG, NZA 1994, 91; Braun, ZZP 93, 460; ders., JZ 1995, 525; Zöller/Herget, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 345 Rdnr. 4.
- 20) その全体像とより詳細な理由付けについて, MünchKomm-ZPO/Prütting, 2. Aufl. 2000, § 345 Rdnr. 11 ff. ここで主張された見解は特に連邦最高裁判所でも明示的に採用され, かつ不動となっている (NJW 1999, 2599)。
- 21) 特に次の文献を参照。Gaul, Die Grundlagen der Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegruende, 1956; ders., Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung, 1986, S. 39 ff.
- 22) RG 61, 359 以来の不变判例である。この判例は, RG から BGH にも受け継がれている。BGHZ 1, 181; 最近では, BGH, NJW 1991, 1884; BGH, NJW-RR 1993, 1013 を例示できる。
- 23) 全体についての詳細は次の文献を参照。Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 41 ff.

〔訳者あとがき〕 本稿は、ケルン大学法学部教授・手続法研究所所長のハンス・ブリュッティング (Prof. Dr. Hanns Prütting) 教授が、ケルン大学の同僚であったハルトムート・シーダーマイヤー教授 (国際法・国法学) の65歳の誕生日に捧げられた記念論文集 (Die Macht des Geistes, Festschrift fuer Hartmut Schiedermeier, Heidelberg, 2001) に寄せた論文 “Verfahrensgerechtigkeit-Ein Diskus über materiale und prozedurale Gerechtigkeit” の翻訳である。ブリュッティング教授は、ドイツを代表する民事手続法学者で、現在、ドイツ民事訴訟法学会の理事 (Vorsitzender des Vorstandes der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer) である。ブリュッティング教授は20年前のザールラント大学教授のころから、日本の法学者および弁護士との交流が深く、日本の大学や学会に招待されて4度の来日経験があるほか、多くの日本の法律家が民訴法改正や弁護士法の調査のためにケルン大学の手続法研究所を訪れている。故ペーター・アーレンス (Peter Arens) 教授および吉野正三郎 (Shozaburo Yoshino) 教授との共著・ドイツ民事訴訟法 (晃洋書房, 1990) があるほか、数多くの論文が日本語に翻訳されている。ブリュッティング教授のより詳細な経歴ならびに業績一覧は、手続法研究所のホームページに掲載されている。http://www.uni-koeln.de/jur-fak/instverf/index.htm

ブリュッティング教授の研究手法はドイツの正統派解釈学に属する。ブリュッティング教授は、民事訴訟法の方法論に関連する論考として「ドイツにおける裁判官の法形成の訴訟的局面」天野和夫ほか編・裁判による法創造 (晃洋書房, 1989) をすでに日独で公表されているほかに、ドイツの民訴法の大注釈書の序章において民訴法総論・方法論を著している (Wieczorek/Schütze, ZPO-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 1994, Einleitung)。

現在わが国では、加藤新太郎判事の「手続裁量論」を基軸にして民訴法法規の解釈・運用論が本格的に展開されようとしている (加藤新太郎「民事訴訟の審理における裁量の規律」(民事訴訟審理「理論と実践の架橋」研究会①) ジュリスト1252号 (2003) 114頁および115頁注3, 注4の文献を参照)。訳者は、本稿がわが国のこの議論にも示唆するところがあると考えてブリュッティング教授の許可を得て翻訳を試みた次第である。

Herrn Professor Dr. Hanns Prütting,

ich möchte Ihnen hiermit meinen herzlichen Dank für die Genehmigung der Übersetzung abstattnen.

Prof. Dr. Eiji Adachi, August, 2003

